Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

ſchon dieſe Auctorität des Julian und Harmenopul wird hinreichen, das peccauit interpres des Heraldus als ungegründet darzuſtellen.

Man muß daher die Angabe der Zeit, bey welcher jedoch Zahlzeichen nicht verboten zu ſeyn ſcheinen [42]), als ein durchaus unerläßliches Erforderniß anſehen, eben ſo, daß ſie gleich am Anfange des Teſtaments bemerkt werde. Ueberhaupt ſind alle Vorſchriften der Novelle bei dieſem Teſtamente genau zu befolgen, auch daß die ſpeciell beſtimmten Punkte von dem Teſtator mit eigener Hand geſchrieben ſeyen; denn die ſpätere Verordnung der Novelle 119. Cap. 9. hat hierin nichts geändert [43]).

XXVI.

Findet die querela inofficiosi testamenti, oder richtiger: die querela nullitatis *ex Novella* 115, zu Gunſten des Vaters gegen eine letztwillige Verfügung ſeines Adoptivkindes ſtatt?

Von dem
D. jur. Krondal, zu Frankfurth am Main.

Dieſe ſowohl in theoretiſcher als praktiſcher Hinſicht nicht unwichtige Rechtsfrage ſcheint, obgleich deren Löſung keiner eigentlichen Schwierigkeit unterworfen ſeyn möchte, doch einer genaueren Prüfung um ſo mehr zu bedürfen, als bisher die meiſten Rechtslehrer entweder dieſelbe mit Stillſchweigen übergangen, oder doch, auf eine oder die andere Seite tretend, ſich mit dem nackten Grundſatz begnügt haben.

42) Thibaut Syſtem des Pandektenrechts §. 708.

43) Nach dem bekannten Grundſatze, daß ein ſpäteres allgemeines Geſetz ein früheres ſpecielles nicht aufhebt.

Es liegt nicht in des Verfaſſers Abſicht, hier die Frage zu erörtern: was und wieviel die Novelle 115. an dem ältern Rechte geändert habe? und ob die querela inofficiosi testamenti durch dieſes neuere Geſetz für Aſcendenten und Deſcendenten unnütz geworden, und die querela nullitatis ex Nov. 115. an ihre Stelle getreten ſey? ſondern es handeln die folgenden Sätze allein davon: „ob der Vater in den Fall kommen könne, die letzte Willensordnung ſeines Adoptivkindes wegen Verletzung des Pflichttheils, oder Mangels der väterlichen Erbeinſetzung, anzufechten?“ —

Gar häufig findet man in Compendien und Handbüchern bei der Lehre vom Notherbenrecht, und insbeſondere von dem Pflichttheile, ganz allgemein die Aſcendenten unter den Pflichttheilsberechtigten aufgezählt, oft ohne alle weitere Bemerkung [1]), zuweilen mit dem zwar richtigen, allein im Grunde immer noch ziemlich unbeſtimmten Beifügen: „inſofern dieſe Aſcendenten den Erblaſſer ab intestato beerbt haben würden“ [2]).

Dieſes unbedingte Aufzählen der Aſcendenten unter den zum Pflichttheil Berechtigten auf der einen Seite, und die Unbeſtimmtheit auf der andern, ward zur Quelle des häufigen Irrthums über dieſen Gegenſtand, und iſt in jedem Fall von der zu wünſchenden Gründlichkeit weit entfernt.

Einige Rechtslehrer räumen zwar dem pater adoptans v. arrogans ein gleiches Recht auf den Pflichttheil, wie dem legitimen natürlichen Vater ausdrücklich ein [3]); allein eine

1) Selbſt Höpfner in ſeinem leider oft allzubreiten Commentar läßt es bei dem allgemeinen Ausſpruch bewenden: „Sind keine Kinder vorhanden, ſo gebührt der Pflichttheil den Aeltern, Großältern u. ſ. w.“

2) Z. B. Thibaut im Syſtem des Pandektenrechts §. 810.

3) S. unter Andern Schweppe, das röm. Privatrecht u. ſ. w. als Leitfaden zu den Vorleſungen über die Pandekten §. 887.

sorgfältigere Prüfung des rechtlichen Verhältnisses führt offenbar zu dem gegentheiligen Resultate.

Entweder stand der *filius adoptivus vel arrogatus* zur Zeit seines Todes noch in der väterlichen Gewalt seines Adoptivvaters, oder er war bereits aus derselben entlassen.

In dem ersten Fall ist unsere Frage ganz ohne Bedeutung, indem von der querela inofficiosi testamenti überhaupt nur dann die Rede seyn kann, wenn der Erblasser testatus verstorben ist [4]), nach dem bekannten Grundsatz der XII Tafeln aber allen, die nicht sui juris sind, die testamenti factio (activa) gänzlich mangelt, sie mithin immer nur ab intestato beerbt werden — wobei höchstens die querela *inofficiosae donationis* zur Sprache kommen könnte.

Einwenden ließe sich zwar, daß der Adoptirte wenigstens von seinem *peculio militari* dem Adoptivvater den Pflichttheil zu hinterlassen schuldig sey; allein dem stehet entgegen, daß der filius fam., obgleich ihm die Gesetze über dieses Separatvermögen zu testiren erlauben, hierbei doch nicht an die Vorschriften in Ansehung des Pflichttheils gebunden ist, die querela inofficiosi testamenti daher gegen ihn nie statt findet.

Wenn man die eben erwähnte Testirfreiheit auch auf das peculium adventitium irregulare ausdehnen zu können geglaubt hat, so ist man offenbar zu weit gegangen. Die Stelle, worauf diese irrige Behauptung gestützt zu werden pflegt [5]), redet höchstens nur von einem speciellen Fall des adventitii irregularis, nämlich: wenn dem Kinde von irgend Jemand Etwas hinterlassen wurde, unter der ausdrücklichen Bedingung, „daß derjenige, in dessen potestate es sich be-

4) Dieser technische Ausdruck ist auch von bloßen Codicillardispositionen zu verstehen.

5) Nov. 117. Cap. 1.

findet, den Nießbrauch daran nicht erhalte.“ Ueber dieſe einzige Art des adv. extraord gibt die Novelle dem filio familias Dispoſitionsbefugniſſe, wenn er volljährig iſt.

Das Höchſte, was man daher vielleicht zugeben könnte, wäre, daß man demſelben in Rückſicht dieſer einzigen ſpeciell genannten Gattung die Teſtirfähigkeit einräumte; denn daß ſie ihm in allen übrigen Fällen abgeſprochen werden müſſe, erhellet ſehr deutlich aus der Const. 11. C. qui testam. facere possint. 6. 22.

Dieſe Cardinalſtelle redet nicht nur allgemein von allen Arten des peculii adventitii, ſondern ſie erwähnet auch ausdrücklich eines Falles des adven. *irregularis*, nämlich desjenigen, wo der Sohn gegen den Willen ſeines Vaters Etwas erworben hat. Auch hier wird dem Erſteren die Befugniß, zu teſtiren, ausdrücklich verweigert [6]).

Eine etwaige Analogie aus der oben erwähnten Novelle gegen die klaren Worte des Codex würde aber mit den erſten Regeln derſelben, daß ſie nur bei Fällen, welche durch kein ausdrückliches Geſetz entſchieden ſind, angewendet werden darf, in direktem Widerſpruch ſtehen.

Abgeſehen hiervon, ſo kann der vorhin einſtweilen unterſtellte Sinn jener Novelle unmöglich der richtige ſeyn, wenn

6) Die Worte der Conſtitution ſind folgende: Nemo ex lege, quam nuper promulgavimus, in rebus, quae parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innovandum, aut permissum esse filiisfamilias cujuscunque gradus vel sexus testamenta facere, sive sine patris consensu bona possideant secundum nostrae legis distinctionem, sive cum eorum voluntate. Nullo etenim modo hoc eis permittimus; sed antiqua lex per omnia conservetur, quae filiisfamilias, nisi in certis casibus, testamenta facere nullo modo concedit, et in his personis, quae hujusmodi facultatem habere jam concessae sunt. Jene lex nuper promulgata iſt die Const. 6. Cod. de bonis quae liberis. 6. 61.

man das römiſche Recht nicht der gröbſten Inconſequenz beſchuldigen will; Inconſequenz aber iſt gewiß kein Fehler dieſer Geſetzgebung.

Daß nur der *pater* familias über das Seinige auf den Todesfall verfügen könne, iſt einer der durchgreifendſten Grundſätze des römiſchen Rechts, welchen man bei dem peculio militari ſelbſt durch die Fiction, „als ſey der fil. fam. hier wirklich pater fam.“, aufrecht erhalten zu müſſen geglaubt hat. Nirgends wird uns aber geſagt, daß auch in Anſehung des adven. irregularis eine gleiche oder ähnliche Fiction eintrete, wohl aber das Entgegengeſetzte; — denn nicht das Recht des Vaters, ſondern die Unfähigkeit des Sohnes, raubt dieſem die Befugniß, letztwillige Verfügungen zu treffen — eine Befugniß, die ihm ſelbſt des Vaters Einwilligung nicht verſchaffen kann.

Die oftgedachte Novelle läßt ſich überdieß recht gut erklären, ohne daß man zu Inconſequenzen ſeine Zuflucht nehmen müſſe. Sie erfordert zu der verſtatteten Dispoſitionsfähigkeit, daß der filius fam. ſeine Volljährigkeit erlangt habe; dieſe letztere zeigt aber im ganzen Juſtinianeiſchen Rechte ihren Einfluß nur bei negotiis *inter vivos*, nie bei Dispoſitionen auf den Todesfall. Da nun Verfügungen der Art, wie dieſe Novelle, die noch dazu ſo unbeſtimmt redet, mit den früheren Geſetzen, vorzüglich mit denen, die ex professo von der Sache reden, wie die Const. 11. C. cit., ſoviel wie möglich in Einklang gebracht werden ſollen, ſo können wir die Dispoſitionsbefugniß, deren die Novelle 117. erwähnet, einzig und allein auf Handlungen unter den Lebenden beziehen, und dürfen ſie auf letztwillige Verfügungen nicht ausdehnen [7]).

---

7) Es hat die Novelle 177. Cap. 1. pr. den beſondern, in ihr legaliſirten, Fall zum Gegenſtand, wenn filio vel filiae familias durch eine letztwillige Verordnung oder Schenkung Etwas unter der Beſtimmung zugefallen iſt: „ut pater, aut qui omnino

Aus dem Allen folgt, daß dem Vater zwar ein Erbrecht ab intestato an dem Vermögen ſeines als filius fam. verſtorbenen Adoptivkindes in der Regel zuſtehet, daß aber hierbei die actio inofficiosi testamenti nie in Frage kommen kann.

Sehr am unrechten Ort wäre der Einwand, »daß hier die Urſache, warum dieſe Klage nicht vorkommen könne, blos in der factiſchen, zufälligen Unmöglichkeit der Realiſirung liege, die Berechtigung des Adoptivvaters zum Pflichttheil bleibe die nämliche«. Rechte und Verbindlichkeiten, bei denen es von Anfang an gewiß iſt, daß die Möglichkeit ihrer Geltendmachung nie eintreten kann, ſind leere Namen, Worte ohne Sinn und Begriff.

---

eos (filium vel filiam familias) habent in potestate, in his rebus neque *usum fructum*, neque quodlibet penitus habeant *participium*.“ Wird nun hierauf §. 1. geſagt: „über einen ſolchen Erwerb könne das volljährige Hauskind quo velit modo disponiren, ſey dieſes aber noch minderjährig, ſo trete eine Verwaltung bis zur Volljährigkeit ein, mit welcher das Hauskind obiges Dispoſitionsrecht erhalte,“ und will man ſolches nicht blos von dem Uſusfructus, ſondern auch, wie es wohl geſchehen muß, ſelbſt von der Subſtanz verſtehen, ſo läßt ſich dennoch nicht annehmen, Juſtinian habe ſo zur kurzen Hand den Hauskindern das, in Anſehung dieſer exorbitante, Recht zu teſtiren geben, und damit ſo nebenbei ein großes Loch in ſeine eigene, mit beſonderm Ernſt ausgeſprochene, Const. 11. Cod. all. machen wollen. Eine ſolche Kürze iſt der Sprache der Novellen fremd, und Juſtinian ſelbſt warnt in den Const. 35. Cod. de inofficioso testamento gegen Interprätationen, welche ſogleich eine Derogation unbeſonnen annehmen. Auch die Schlußworte der Novelle 117. verb.: „In illis enim casibus legem, quae usum parentibus praebet, volumus custodiri, quibus non inest specialiter hujusmodi conditio“, deuten auf eine beſchränkte Erklärung. Die testamenti factio iſt ein Zuſtandsrecht, welches aus dem bloßen Dispoſitionsrecht über eine Sache noch keineswegs hervorgeht.

Auch der zweite Fall, — wenn der filius adoptivus v. arrogatus vor seinem Tode aus der väterlichen Gewalt bereits entlassen war, — führt zu keinem andern Resultate.

Mit der Emancipation hören alle Bande, welche den Vater an das Adoptivkind knüpfen, und alle rechtlichen Verhältnisse [8]) zu dem letztern auf [9]); es kann mithin von einem Erbrechte unter diesen Personen [10]) überhaupt nicht, noch weniger aber von einem Pflichttheil dann noch die Rede seyn.

Ehedem konnte freilich der Adoptivvater, zwar nicht in dieser Eigenschaft, aber doch als pater emancipator, gleichsam als Patron, die für diesen besonders bestimmte legitima in Anspruch nehmen [11]); allein auch dieses hat in unserm neuesten Rechte — wenigstens seine Realität verloren.

Das Institut des Patronats ist mit so vielen andern, in der römischen Verfassung gegründeten Eigenthümlichkeiten längst zu Grabe gegangen, und mit ihm müssen auch die daraus hergeleiteten Rechte, in specie das Recht auf einen Pflichttheil, (wenigstens factisch) verschwinden, um so eher, als schon in den römischen Zeiten dieser Pflichttheil des Patrons eigentlich als bloße Billigkeit des Prätors angesehen wurde, welcher denselben für die Nachtheile der Emancipation einigermaßen entschädigen zu müssen glaubte. Auch wurde die Entlassung aus der väterlichen Gewalt als eine vorzügliche Begünstigung betrachtet, — eine Ansicht, welche sich in unserm neuesten Rechte in gar mancherlei Rücksichten anders gestaltet hat.

Die eigentliche römische patria potestas hat von ihrem ursprünglichen Ansehen so viel verloren, und deren Vorzüge vor unserer heutigen älterlichen Gewalt sind in der That

---

8) Mit Ausnahme einiger die Ehe betreffender Bestimmungen.

9) L. 13. D. de adopt. et emancip. (1, 7.)

10) Insofern man nämlich nur das ehemalige Adoptionsverhältniß im Auge hat.

11) Lib. 1. J. Tit. 8. Lib. 37. D. Tit. 12.

nicht bedeutend genug, daß die Befreiung davon für die Kinder so wünschenswerth seyn könnte, wie sie es ehemals gewesen.

Der eigene Erwerb ist denselben nicht nur größten Theils freigegeben, sondern es wird auch die väterliche Einwilligung zur Emancipation, wenn der fil. fam. dabei wirklich ein Interesse haben sollte, keineswegs mit der römischen Strenge erfordert, ja sie kann nöthigen Falls erzwungen werden, wo dann der Vater ohnehin allen Anspruch an das Vermögen des Kindes zur Strafe verliert [12]).

Nach diesen Grundsätzen war die aufgeworfene Frage zu erörtern, und ihnen gemäß ist die querela in officiosi testamenti oder nullitatis ex Nov. 115. nie, und nur ausnahmsweise ein Recht auf den Pflichttheil für den Adoptivvater in jure communi begründet.

XXVII.

Ueber die Priorität des Todes.

Vom
Prof. Dr. Mühlenbruch in Halle.

Die Bestimmung der Erstigkeit des Todes von Mehreren, deren Tod gewiß ist, wobei aber eine Ungewißheit in Ansehung der Zeit des Todes eintritt, kann hauptsächlich in folgenden Beziehungen wichtig seyn:

1) für die Frage: wer von beiden des Anderen Intestat-Erbe geworden sey? — wenn nämlich Beide einander beerben, sonst aber Jeder wieder verschiedene Erben hat [1]);

---

n) R. f. z. B. L. ult. D. si a parente quis man. sit. (37, 12.).

1) Diese Anwendung ist die gewöhnlichste, und darum pflegt sie von